

## 法定地上権の成立要件及び その判断基準時について

——土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否——

平成19年7月6日最高裁第二小法廷判決(平成18年(受)1398号建物収去土地明渡請求事件), 破棄自判, 民集61巻5号1940頁, 判時1982号78頁

濱 崎 智 江

### 一. 事案の概要

#### 1. 原審の適法に確定した事実関係

(1) 土地(以下「本件土地」という。)はY1が, その地上建物(以下「本件建物」という。)はY1の夫である訴外Aが有していたところ, 昭和44年5月29日, 本件土地及び本件建物について, 訴外Aを債務者, 訴外B信用金庫(宮城第一信用金庫)を根抵当権者とする共同根抵当権(以下「本件一番根抵当権」という。)が設定され, 同月30日その

旨の登記がされた。

(2) 訴外Aは昭和53年9月26日に死亡し、妻であるY1及び子であるYらがこれを相続して本件建物の共有者となった。

(3) 平成4年10月12日、本件土地について、訴外C株式会社を債務者、訴外D信用組合を根抵当権者とする根抵当権（以下「本件二番根抵当権」という。）が設定され、同月15日その旨の登記がされた。

(4) 本件一番根抵当権の設定契約は、平成4年10月30日に解除され、同年11月4日に根抵当権設定登記の抹消登記がされた。

(5) その後、本件二番根抵当権が実行され、平成16年7月2日、Xが本件土地を競売により買い受けてその所有権を取得した。

本件は、競売による本件土地の買受人であるXが、本件建物の共有者であるYらに対して本件建物の収去と本件土地の明渡しを求めた事案であり、本件建物のための法定地上権の成否が争われた事案である。

## 2. 第一審（仙台地方裁判所平成17年12月20日判決<sup>(1)</sup>）

請求認容。

同一土地上に複数の抵当権が設定された場合において、先順位抵当権設定当時は土地所有者と建物所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定当時は同一人の所有に帰していた場合、抵当権の実行により先順位抵当権が消滅するときには、法定地上権の成立は認められない（最高裁昭和62年（オ）第452号平成2年1月22日第二小法廷判決・民集44巻1号314頁）。先順位抵当権設定後に法定地上権の成立要件を満たした場合に、後順位抵当権の設定によって法定地上権の成立を認めると、先順位抵当権者が把握した法定地上権の負担がない土地としての担保価値を損なうことになるからである。

このことは、後順位抵当権の設定後に先順位抵当権が解除された場合においても同様であると解すべきである。すなわち、先順位抵当権設定

時点を基準にすれば法定地上権の成立が認められない場合には、後順位抵当権者は、前記平成2年最判に照らし、法定地上権の負担のない土地としての担保価値を把握することが期待できる地位にあった。それが、先順位抵当権が解除されたとして法定地上権の成立を認めると、後順位抵当権者のかかる期待を損なうことになるからである。

実質的にみても、もともと先順位抵当権を基準にすれば法定地上権の成立は認められないのであるから、土地及び建物を所有することになった者としては、建物については従前設定されていた土地利用権しか存在しないことを甘受すべき地位にあったものである。それが、たまたま先順位抵当権が後に解除されたからといって、法定地上権の負担がないものとして担保価値を把握していた後順位抵当権者の期待を害してまで、法定地上権の成立という利益を与えられる必要性はない。

以上のように、仙台地方裁判所は法定地上権の成立を否定し、Xの請求権を認容した。Yらが控訴。

### 3. 原審（仙台高等裁判所平成18年5月16日判決<sup>(2)</sup>）

控訴棄却。

土地について二つの抵当権が設定され、先順位抵当権設定当時は土地と地上建物の所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定当時は同一人の所有に帰していた場合、抵当権の実行により先順位抵当権が消滅するときには、法定地上権の成立は認められないとするのが判例（最高裁昭和62年（オ）第452号平成2年1月22日第二小法廷判決・民集44巻1号314頁）であるところ、このことは、後順位抵当権の設定後に先順位抵当権の設定契約が解除された場合においても同様であると解すべきである。なぜなら、この場合に法定地上権の成立を認めると、法定地上権の負担のない土地としての担保余力を把握していた後順位抵当権者の利益を不当に害する結果となるからであり、これを避けるために、将来の法定地上権の成立を仮定して担保余力を評価すべきものとする、担保価

値の完全な活用が阻害される不都合が生じる。また、建物所有者としても、もともと先順位抵当権を基準にすれば法定地上権の成立は認められなかったものであり、たまたま先順位抵当権の設定契約が後に解除されたからといって、法定地上権成立という利益を認める必要はない。

このように、仙台高等裁判所は、第一審判決と同様に法定地上権の成立を否定し、Xの請求を認容すべきと示した。Yらが上告。

#### 4. 上告理由

Yらは、平成2年判決を引用し本件一番根抵当権設定時には法定地上権が成立しない以上は競売時にこの一番根抵当権が存在しなかったとしても本件二番抵当権者がそれを利益として享受できるため法定地上権は成立しないと判断した原判決は、平成2年判決及び民法388条の解釈に誤りがあるとして上告受理を申し立てた。

まず、本件一番根抵当権は、本件二番抵当権が実行される時点においてすでに消滅している。当該競売に何ら関係がないにもかかわらず本件一番根抵当権の法的関係を本件二番根抵当権者が享受すると判断した点に誤りがある。平成2年判決は抵当権実行時に一番順位の抵当権がまだ存した場合にその実行により消滅した場合についての判例であり、本件のように本件二番抵当権実行時にすでに本件一番抵当権が抹消されている場合にまで平成2年判決の考え方をあてはめることはできない。次に原判決は、本件の事案において法定地上権の成立を認めると後順位抵当権者に不測の損害が生ずると指摘するが、後順位抵当権者は次の理由により不測の損害を被るとはいえない。すなわち、後順位抵当権の順位上昇はめずらしいことではなく、むしろ利益ともいえるところであり、その後順位抵当権設定時に法定地上権の成否を判断したとしても、担保価値の把握に影響はない。共同抵当の設定、一括競売などの措置を講ずることもでき、法定地上権の成立は決して不測の損害とはいえないのである。

## 5. 最高裁判所の判断

破棄自判。

「(1) 土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により消滅し、その後乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するというべきである。その理由は次の通りである。

上記のような場合、乙抵当権者の抵当権設定時の認識としては、仮に、甲抵当権が存続したままの状態でも目的土地が競売されたとすれば、法定地上権は成立しない結果となる（前掲平成2年1月22日第二小法定判決参照）ものと予測していたということ是可以する。しかし、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったというべきである。したがって、甲抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても、乙抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない。そして、甲抵当権は競売前に既に消滅しているのであるから、競売による法定地上権の成否を判断するにあたり、甲抵当権者の利益を考慮する必要がないことは明らかである。そうすると、民法388条が規定する『土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する』旨の要件（以下『同一所有者要件』という）の充足性を、甲抵当権の設定時にさかのぼって判断すべき理由はない。

民法388条は、土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その抵当権

の実行により所有者を異にするに至ったときに法定地上権が設定されたものとみなす旨定めており、競売前に消滅していた甲抵当権ではなく、競売により消滅する最先順位の抵当権である乙抵当権の設定時において同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することができる。原判決が引用する前掲平成2年1月22日第二小法廷判決は、競売により消滅する抵当権が複数存在する場合に、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいうものであり、競売前に消滅した抵当権をこれと同列に考えることはできない。

(2) これを本件についてみるに、同一所有者要件の充足性の判断は、本件二番抵当権の設定時を基準とすべきであり、この時点では、本件建物の共有者の一人であるY1が本件土地を単独で所有していたのであるから、本件では法定地上権の要件を充足している(最高裁昭和46年(オ)第844号同年12月21日第三小法廷判決・民集25巻9号1610頁参照<sup>(3)</sup>)。よって本件建物のために法定地上権が成立しているというべきである。」

## 二. はじめに

法定地上権(民法388条)とは、土地及びその地上に存する建物が同一の所有者に属している場合において、土地または建物について抵当権が設定され、競売により土地と建物の所有者が異なるに至った場合には、建物所有者あるいは建物買受人のために法律上当然に成立する地上権をいう<sup>(4)</sup>。

もし土地とその地上建物が異なる所有権者に帰属する場合であれば、その地上建物の所有者は敷地である土地について、何らかの土地利用権(貸借権・借地権)の設定を受けているはずであろう<sup>(5)</sup>。他方、土地とその地上建物が同一の所有権者に帰属する場合には建物を所有・利用するための土地利用権が設定されることはないため、抵当権の実行により競売が行われると、土地にのみ抵当権が設定されているとき建物所有権者

は土地買受人である新たな土地所有権者に対して土地の利用を主張できず、建物にのみ抵当権が設定されているとき建物買受人は従来の土地所有権者に対して土地の利用を主張できないことになってしまう。しかしながらこのような状況では建物を所有するためにその敷地を利用する権利を抵当権設定の前後に確保することはそもそも不可能である。その結果抵当権の実行によって建物は敷地を利用する法的根拠を欠いてしまうため、<sup>(6)</sup>建物所有者は建物収去及び土地明渡しに応じざるをえないことになる。そこで、建物の取壊しによる社会経済上の不利益の回避、抵当権者と抵当権設定者の意思の合理的推測及び利用関係の現実化などの理由から法定地上権が必要とされている。<sup>(7)</sup>

なお、本判決は複数の抵当権が存在した場面で法定地上権の成否が争われた事案であるが、以下に述べる法定地上権の成立要件の一つである「抵当権設定当時、土地及びその土地上に存在する建物が同一の所有者に属していたこと」という要件（「同一所有者要件」）を充足しているのか、さらに掘り下げると、同一所有者要件充足の判断基準時を、（すでに消滅済みの）先順位の抵当権設定時点とするのか、あるいは、後順位の抵当権設定時点とするのかが争われた。この点が争われた背景として、最高裁平成2年1月22日判決（以下「平成2年判決」という。）において下された判断内容が重要な役割を果たしており、本判決を理解するためには、平成2年判決をどう理解し、これら2つの最高裁判決がどのような関係にあるかを確認する必要がある。

そこで本評釈では、まず法定地上権の要件についての簡単な説明を行いつつ、本判決において問題となった法定地上権の成立要件をめぐる法状況を紹介し（三）、平成2年判決との関係を中心に本判決の持つ意義についての検討を行う（四）。

### 三. 法定地上権の要件及び法状況

#### 1. 要件

法定地上権の成立要件は、一般に以下の4つを挙げることができる。<sup>(8)</sup>

要件(1) 抵当権設定当時、土地及びその土地上に存在する建物が同一の所有者に属していたこと(同一所有者要件)

要件(2) 抵当権設定当時、土地の上に建物が存在すること

要件(3) 土地と建物の一方又は双方に抵当権が設定されること

要件(4) 競売の結果、土地と建物の所有者が異なるに至ること

なお本評釈では、要件(1)として挙げた同一所有者要件に関する法状況につき触れる。

#### 2. 要件(1)(同一所有者要件)に関して

(1) 抵当権設定後、土地及び建物が同一人物に帰属した場合。

抵当権が設定された時点で土地と建物の所有権者が別人である以上、その後土地及び建物が同一の所有者に帰属しても、同一所有者要件を充足しているとはいえず、法定地上権は成立しない。<sup>(9)</sup> 建物を所有するために土地と建物のそれぞれの所有権者の間で約定土地利用権(賃借権・地上権など)が設定されているはずである。

その場合にどのような処理がなされるかであるが、土地の所有者とは異なる者に属する建物に抵当権が設定され、そのまま実行される場合には、建物買受人は建物所有権のみを取得するのではなく特段の事情がない限り建物の所有に必要な土地利用権をも取得する。これは、建物所有のための土地利用権は建物の従たる権利であり建物所有権と一体となり財産的価値を形成し、<sup>(10)</sup> 抵当権の効力の及ぶ目的物に包含されるものと解すべきためである。建物の所有者とは異なる者に属する土地に抵当権が設定され異なる所有者のまま実行される場合は、対抗問題として処理され対抗要件を具備していれば建物所有権者は土地買受人に土地利用権を<sup>(11)</sup> 対抗しうる。



土地利用権である賃借権が対抗要件を具備しその後に土地に抵当権が設定されているときは、その土地の所有権と、土地賃借権が同一人に帰属しても、民法179条1項ただし書の準用により賃借権は消滅しない。<sup>(12)</sup>

建物に抵当権が設定される場合においても、抵当権設定後に建物と土地とが同一人物に帰属しても建物抵当権の効力は建物所有権の従たる権利である土地利用権にも及びその土地利用権は民法179条1項ただし書により消滅しない。

- (3) 第一順位の抵当権が設定時点では土地と建物はそれぞれ異なる者に帰属していたが、第二順位の設定時点では同一人物に帰属していた場合。

建物抵当において第一順位の抵当権設定後、建物と土地が同一人物に帰属し建物に第二順位の抵当権が設定された場合においては法定地上権の成立が肯定される。<sup>(13)</sup>

土地に第一順位の抵当権設定後、建物と土地が同一人物に帰属し、土地に第二順位の抵当権が設定される場合においては、学説も法定地上権の成立を否定する。<sup>(14)</sup>なお、本判決において引用される平成2年判決はこのケースに属するところであり、以下において項を改めて詳細に紹介する。

### 3. 最高裁昭和平成2年1月22日第二小法廷判決<sup>(15)</sup>

#### (1) 事実関係

訴外Aは土地を所有しており、土地には訴外Aの子であり訴外B所有の建物が存在していた。昭和45年4月、訴外Aと訴外Bは、訴外Cが訴外D銀行に対して負担する債務の担保のために、その建物と土地に共同根抵当権を設定し、登記も具備された。その後訴外Aが死亡した。子である訴外Bが土地を相続した。なお、建物は取り壊され、別の建物(事務所兼倉庫)が建築された。このような状態で土地につき、第二、

第三、第四の抵当権が設定され、登記も具備された。昭和53年4月、一番抵当権の実行がなされ、昭和57年11月、代金納付によりXが土地を買い受けた。一方訴外Bは、競売手続中に建物（事務所兼倉庫）が焼失したためこれを取り壊し、昭和55年1月に土地をY1に賃貸し、Y1が年6月に建物を建築し、その一部をY2とY3に賃貸した。

Xが、Y1に対して建物収去及び土地明渡しを、Y2とY3に対しては建物からの退去及び土地明渡しを求めたところ、Yらは法定地上権が成立したと主張した。Xは、一番根抵当権設定時点では土地と建物とが異なる所有権者に帰属しておらず法定地上権は成立していないとして上告した。

## (2) 判旨

原判決破棄。

「土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときは、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である。けだし、民法388条は、同一人の所有に属する土地及びその地上建物のいずれか又は双方に設定された抵当権が実行され、土地と建物の所有者を異にするに至った場合、土地について建物のための用益がないことにより建物の維持存続が不可能となることによる社会経済上の損失を防止するため、地上建物のために地上権が設定されたものとみなすことにより地上建物の存続を図ろうとするものであるが、土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件を充足していない場合には、一番抵当権者は、法定地上権の負担のないものとして、土地の担保価値を把握するのであるから、後に土地と地上建物が同一人に帰属し、後順位

抵当権が設定されたことによって法定地上権が成立するものとする、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになるからである。なお、原判決引用の判例（大審院昭和13年（オ）第2187号同14年7月26日判決・民集18巻772頁，最高裁昭和53年（オ）第533号同年9月29日第2小法廷判決・民集32巻6号1210頁）は、いずれも建物について設定された抵当権が実行された場合に、建物競落人が法定地上権を取得することを認めたものであり、建物についてはこのように解したとしても一番抵当権者が把握した担保価値を損なわれることにはならないから、土地の場合をこれと同視することはできない。」

#### 4. 小括

##### (1) 約定利用権に関して

建物に抵当権が設定された場合と土地に抵当権が設定された場合とにおいて、必ずしも画一的には取り扱われているとはいえないが、建物抵当において約定土地利用権は従たる権利であるとして建物の買受人による土地の利用を肯定する処理や混同法理による処理などを見ると、抵当権設定後に土地と建物が同一人に帰属したとしても抵当権設定時点において存在する約定土地利用権を肯定し、尊重している。ただし、平成2年判決では親子間で、本判決では夫婦間で土地と建物を所有していたため使用借権は存在したが賃借権<sup>(16)</sup>が存在していない。そのため、建物所有権の保護が欠けるという配慮からか、本判決も平成2年判決も既存の使用借権の維持よりも法定地上権の成否の問題とされたのであろうか。

##### (2) 平成2年判決に対する評価

平成2年判決は、土地に第一順位の抵当権が設定された時点では建物は別人の所有であったが土地につき第二順位の抵当権が設定される前に土地と建物が同一人物に帰属した場合において、法定地上権の成立を否定した最初の最高裁判例である。その際、法定地上権の同一所有者要件

を充足しているのかについての判断基準時を第一順位の抵当権設定時としている。

これは、法定地上権が成立しないという認識の下で土地に第一順位の抵当権が設定されたものの、事後に法定地上権が成立するとすると、抵当権者が把握した担保価値及び担保評価（被担保債権額や最低競売価格など）に影響が及び予測できない不利益を被るという理由による。

このような平成2年判決に対しては、法定地上権が成立しない前提で抵当権の設定を受けた第一順位の抵当権者の利益を考慮した判決として肯定する見解も見られる<sup>(17)</sup>。

なお、小杉茂雄先生による平成2年判決の評釈において、次の点が指摘されている<sup>(18)</sup>。まず、賃借権ではなく使用借権が設定された後に土地と建物の所有者が同一人となり、その後第二順位の抵当権が設定された事例をあげている。第一順位の抵当権設定時はそうでなかったが第二順位の抵当権を設定した時点では法定地上権の同一所有者要件を充足している場合に法定地上権が成り立つのかという点が残る疑問であるとして、本判決はまさにその点につき真正面から判断を下したことになる。

## 五. 検討

### 1. 本判決と平成2年判決との関係

平成2年判決の事案では、抵当権の実行に伴って複数の抵当権が消滅している。平成2年判決はこのような事情の下、実行によって消滅するこれら複数の抵当権のうち、第一順位の抵当権設定時を基準時として、同一性要件を満たしているかどうかを判断すべきであると示している。第一順位の抵当権者が把握した担保価値を損なわせることにつながるとして、第一順位の抵当権者の利益を考慮している。

本判決では第一順位の抵当権が消滅した後に第二順位の抵当権が実行され、それが消滅している。この場合は第一順位の抵当権者の利益を考慮する必要性がないとし、第二順位の抵当権者の利益という観点から、

第二順位の抵当権設定時を基準時としている。第一順位の抵当権が存続し、その第一順位の抵当権者の利益を考えた平成2年判決とはこの点において異なる。

本判決の事案は平成2年判決とは事例自体が異なるとして第二順位の抵当権の設定時を同一所有者要件の判断基準時とすると示している。

平成2年判決では第一順位の抵当権が実行による競売によって消滅し、本判決では第二順位の抵当権が実行によって消滅している。両判決に共通しているのは、法定地上権の成立要件である同一所有者要件を判断するとき、抵当権の実行による競売によって消滅する抵当権に焦点をあて、消滅する抵当権のうち最も先順位の抵当権設定時点を基準時としている点である。そこで、本判決を理解するにあたり、平成2年判決が示した内容をあらためて理解をする必要が生ずるであろう。つまり、平成2年判決は、複数の抵当権が設定されている場合において、いかなるときも第一順位の抵当権設定時を同一所有者要件の判断基準時とすべきであると示したわけではない。法定地上権の成立要件である「抵当権設定当時、土地及びその土地上に存在する建物が同一の所有者に属すること」の、基準時である「抵当権設定当時」に関しては、競売の時点において存在している抵当権（そのうちの最先順位の抵当権）を指すことになる。平成2年判決のように、複数の抵当権が競売時点でなおも存在している時はそれらのうちの最先順位抵当権の、本判決のように第一順位の抵当権が消滅している場合には、第二順位の抵当権の設定時点を基準時と解することになる。本判決は、平成2年判決の延長上に矛盾なく存在し、かつ平成2年判決を補完している。さらには法定地上権の成立要件の一つである同一所有者要件の中身をさらに掘り下げた点において意義を有する。

### 3. 後順位抵当権者

後順位抵当権者は、抵当権の設定を受けるにあたり先順位抵当権が消

滅することもあるという点を踏まえ、今後は次の二点の可能性を考慮した上で担保余力を把握すべきである。すなわち、後順位抵当権者は、先順位抵当権の消滅により順位が上昇するという利益を得る可能性があるという点と法定地上権が成立するという不利益を被る可能性があるという点である。このように踏まえ、後順位抵当権設定後に先順位抵当権が消滅し法定地上権が成立しても、後順位抵当権者が「不測」の損害を被ったとはいえないと示されている。たとえば、第一順位の抵当権の抹消による第二順位の抵当権の順位上昇は当然に予測可能であり、第二順位の抵当権者は第一順位抵当権の消滅も視野に入れ、貸金及び担保価値の把握を行えばよい。実行時点で、第一順位の抵当権が存続していれば法定地上権の成立しない土地の評価額の下で、第二順位の抵当権者としての配当を受ければよい。

このように考えると後順位抵当権者としては、自身が抵当権の設定を受ける時点において法定地上権が成立するのか否かをあらかじめ判断しておいても不都合はないのではないだろうか。

本判決の事案においても第一順位の抵当権の消滅後は、第二順位の抵当権はその順位が上昇することになる。仮に原判決のように、第一順位の抵当権を基準として法定地上権の要件の充足を判断するならば、第二順位の抵当権者は、第一順位の抵当権者として、なおかつ、法定地上権が成立しない価額を元に配当を受けることになり、過剰な利益を得ることにつながりかねない。

このような意味において、本判決は今後の抵当権設定に関わる実務に影響を与える点においても意味を有するものと思われる。

- (1) 公刊物未登載。なお、LEX/DBを参照した。
- (2) 金判1271号42頁。
- (3) 最高裁昭和46年12月21日第三小法廷判決は、建物の共有者の一人が、自己が単独所有している敷地に抵当権を設定した場合において、法定地上権

が成立すると判断した事例である。

- (4) 生熊長幸『新版・注釈民法(12) 物権(4) [柚木馨・高木多喜男編]』(有斐閣・平成10年) 480～482頁, 我妻栄『民法講義Ⅲ新訂担保物権法』(岩波書店・1964年) 349頁以下。
- (5) 建物を所有するために土地利用権が設定されている状態で土地又は建物に抵当権が設定された場合, 抵当権の実行としての競売が行われると, 土地の買受人は利用権という負担付土地を取得することになり, 建物の買受人は土地利用権付建物を取得することになる。
- (6) 田中克志『担保法大系第一巻 [加藤一郎・林良平編]』(金融財政・昭和59年) 488頁。
- (7) 生熊長幸・前掲注(4) 482頁, 我妻栄・前掲注(4) 349～350頁。土地にのみ抵当権を設定した場合でも所有者はなおも建物を利用できるという意思が推測され, 建物にのみ抵当権を設定した場合でも所有権者は建物を所有するために土地の利用権という負担が付着するものとして, 土地の利用権の存続が抵当権設定時点において予期されているものと思われる。当事者が建物を存続させる意思を持つとも説明される。
- (8) 法定地上権の要件については, 以下の文献を参照した。生熊長幸・前掲注(4) 487頁以下, 我妻栄・前掲注(4) 352頁以下, 田中克志・前掲注(6) 488頁, 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権(第二版)』(2005年・成文堂) 184頁以下など。
- (9) 大審院明治38年6月26日判決は, 別異の人に属する土地・建物のうち建物についてのみ抵当権が設定され競売までに建物所有者が敷地の所有権を取得したという事案につき, 土地と建物が同一人に帰属していない点と利用権の設定可能性を理由に法定地上権の成立を否定した。大審院昭和6年5月14日判決, 新聞3276号7頁は, その地上建物とは異なる所有者に属する土地に抵当権が設定された事案につき法定地上権の同一所有者要件の欠如を理由に成立を否定している。
- (10) 最高裁昭和44年2月14日判決・民集23巻2号357頁, 最高裁昭和40年5月4日判決・民集19巻4号811頁。最終的には賃借権の譲渡・転賃借の問題として, 土地所有者の承諾(民法612条), もしくは承諾に代わる許可の裁判(借地借家法20条)の問題となる。
- (11) 生熊長幸・前掲注(4) 558頁。
- (12) 最高裁昭和46年10月14日判決・民集25巻7号933頁。
- (13) 判例・通説は, 建物買受人のための法定地上権の成立を肯定する。土地と建物とが同一人物に帰属してから土地と建物の所有者は建物に第二順位の抵当権を設定しており, ①抵当権設定時点で法定地上権の成立が予期可

能である点、②建物の一番抵当権の消滅を考慮に入れ、建物二番抵当権設定時に法定地上権が将来において成立する可能性を把握できた点、建物買受人の保護などから法定地上権の成立を肯定する(大審院昭和14年7月26日判決, 最高裁昭和53年9月29日判決, 名古屋高裁判平成7年5月30日判時1544号66頁)。

- (14) 我妻栄・前掲注(4) 357頁によれば、現実存在する土地利用権を考慮して評価された抵当権の不利益になり、競売の効果は最強の抵当権である一番抵当権を基準に考えられるべきであると述べる。
- (15) 平成2年判決に対する判例評釈として次のものがある。角紀代恵・法協108巻11号1904頁, 小杉茂雄・民商103巻4号635頁, 荒川重勝・私法判例リマークス1991年・144頁以下, 近江幸治・ジュリ重要判例解説平成2年72頁以下, 小田原満知子・最高裁時の判例〔平成元年～平成14年〕120頁以下, 松本恒雄・百選I(総則・物権・第5版)188頁以下, 秦光昭・担保法の判例154頁以下, などがある。
- (16) 夫婦・親子等が土地と建物を各別に所有する場合には、約定利用権の設定が可能であることを理由に法定地上権は成立しないとする裁判例(最高裁昭和51年10月8日判決・判時834号57頁, 東京高裁昭和31年6月26日判決)と、建物買受人のために法定地上権の成立を認める裁判例(東京地裁昭和昭和57年5月10日判決)がある。
- (17) 近江幸治・前掲注(15) 74頁。
- (18) 小杉茂雄・前掲注(15) 649・650頁。